Rücktritt und Schadensersatz nach § 326 BGB in ihrem Verhältnis zueinander.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Fritz Mennen
aus Emden-Ostfriesland.

Marburg 1935

Druck Heinrich Geck, Essen

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am: 15. Februar 1935.

Berichterstatter: Professor: Dr. jur. Dr. phil. Dr. rer. pol. Jung.

Schrifttum.

Bechmann, Kauf III, 1905.
Chamizer, Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld, Dissertation, Leipzig 1902.
Cosack, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, II, 1922.
Dernburg, Pandekten, II, Berlin 1903.
Eiswald, Rücktritt und Zurückweisung, Dissertation, Erlangen 1896.
Enneccerus, Lehrbuch des Bürg. Rechts, I, 2, 1928.
Enneccerus-Lehmann, I, 2, 1930.
Gernsheim, Die Ersetzungsbefugnis im deutschen bürgerlichen Recht, Berlin 1906.
Hofmockel, in Seuff. Bl., 1906, S. 77 ff.
Kohler, in Holtzendorff-Kohler, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 1914, Bd. II.
Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bg. Gesetzb., 1900.
Kisch, in Iherings Jahrbüchern, 44, S. 68 ff.
Kipp, Rechtswahrnehmung und Reurecht in der Festgabe für Koch, Berlin 1903, S. 110 ff.
Langheineken, Anspruch und Einrede nach dem deutschen Bürgerlichen Recht, 1903.
Litten, Die Wahlschuld im deutschen bürgerlichen Recht, 1903.
Leonhard, F. Schuldrecht (Allgemeines) des BGB., 1929.
Leonhard, F. Die Wahl bei der Wahlschuld, in Iherings Jahrbüchern, 41, S. 1 ff.
v. Madai, Lehre von der mora, Halle, 1837.
Manigk, in J. W. 1930, S. 1302.
Marsson, in DJZ., 1916, S. 275.
v. Mayr, Gutachten zum 27. Deutschen Juristentag, III, S. 167.
Oertmann, Vorteilsausgleichung bei Schadensersatzansprüchen, Berlin 1901.
Oertmann, Komm. BGB., II, 1. Aufl. 1928 und angegebene.
Planck, Komm. BGB., Aufl. 1914 und angegebene.
Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse, 1905.
Regelsberger, in Iherings Jahrb. 16, S. 159 ff.
Rehbein, Das Bürgerliche Recht mit Erläuterungen, 1903.
Schöller, in Gruchots Beiträgen, 45, S. 525.
Schollmeyer, Komm. BGB., II, 2. Aufl. 1904.
Soergel, Komm. BGB., 1926.

Siber, Der Rechtszwang im Schuldverhältnisse nach deutschem Reichsrecht, Leipzig 1903.
Siber, in Kritische Vierteljahrsschrift, 46, S. 550 f.
Staub, Komm. HGB., 14. Aufl. 1933 und angegebene.
Staudinger, Komm. BGB., II, 1. Aufl. 1930 und angegebene.
Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, 1885.
Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung, Leipzig 1900.
v. Tuhr, in DJZ. 1904, S. 759 ff.
Wächter, Württembergisches Privatrecht, Bd. II.
Weitz, Die facultas alternativa. Dissertation, Würzburg 1904.
Windscheid-Kipp, Pandekten, 1895 und 1906.
Kommentar der Reichsgerichtsräte (RGRKomm.) 1929.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RG.), gesondert aufgeführt.
Motive und Protokolle zum BGB.

Inhaltsverzeichnis.

Vorbemerkung.

Im Anschluß an den § 326 BGB. hat sich eine Fülle von Streitfragen entwickelt, deren Untersuchungen im Schrifttum einen breiten Raum einnehmen. Eine fast unübersehbare Literatur ist allein aus der Frage der Berechnung des Schadensersatzes wegen Nichterfüllung erwachsen. Die zahlreichen Fragen, die die Fristsetzung betreffen, sind von vielen Schriftstellern eingehend behandelt worden. Jüngst hat auch die Frage, ob es sich im § 326, I BGB. um eine Form- oder Inhaltsvorschrift handelt, im Anschluß an eine Entscheidung des Reichsgerichts in A. Manigk A) einen Bearbeiter gefunden. In der Behandlung des hier zu erörternden Problems des Verhältnisses von Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt im § 326 BGB. macht sich das Fehlen einer eingehenden systematischen Untersuchung sehr nachteilig bemerkbar. Die zentrale Bedeutung, die dem § 326 BGB. innerhalb des Rechts der Schuldverhältnisse zukommt, verlangt eine Klärung der für Gläubiger und Schuldner gleich wichtigen Frage des Verhältnisses der beiden Rechtsbehelfe zueinander.

A) JW, 1930, S. 1302.

I.

§ 1

Inhalt des Schadenersatzanspruches und des Rücktrittes und die Voraussetzungen der Geltendmachung beider Rechtsbehelfe.

Das BGB. gibt bei gegenseitigen Verträgen dem Gläubiger bei Leistungsverzug des Schuldners drei Rechte:

1. Der Gläubiger kann auf Erfüllung bestehen und gemäß § 286 BGB. Verzugsschaden verlangen. Der Gläubiger bleibt in diesem Falle zur eigenen Leistung verpflichtet oder muß sie dem Schuldner belassen, wenn er schon geleistet hat.

2. Der Gläubiger kann die verzögerte Leistung des Schuldners ablehnen und Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Darüber, was unter Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen zu verstehen ist, herrscht lebhafter Streit. Es kann hier nur kurz auf die gegensätzlichen Auffassungen eingegangen werden. Es stehen sich gegenüber die Differenztheorie 1) und die Austausch- oder Surrogationstheorie 2). Dazwischen bestehen eine Anzahl Mittelmeinungen.

Nach der Differenztheorie tritt der Schadenersatzanspruch nicht nur an die Stelle der unmöglich gewordenen oder verzögerten Leistung (in § 326 liegt nach fruchtlosem Fristablauf eine fingierte Unmöglichkeit vor), sondern an die Stelle des gesamten zweiseitigen Schuldverhältnisses. Der Gläubiger kann danach den Betrag verlangen, den er als Gewinn bei der ordnungsmäßigen Abwicklung des Geschäfts erzielt haben würde.

Nach der Austauschtheorie wandelt sich nur die unmöglich gewordene Leistung in eine Schadenersatzleistung um, das Schuldverhältnis besteht im übrigen fort, und der Gläubiger bleibt zu seiner Gegenleistung verpflichtet.

Die Ausdrucksweise des Gesetzes spricht für die Austauschtheorie. Das Gesetz bezeichnet im § 325, I, 2 BGB. den Schadenersatz als „Schadenersatz wegen Nichterfüllung der (ganzen) Verbindlichkeit“, also nicht als

---

1) Bechmann, Kauf, III, S. 197, Anm. 1; Cosack, § 157, I. a. Eckstein, Arch bürg. Recht, 37, S. 399 ff. Staub, Komm. HGB. Anhang zu § 374, Anm. 25. Hofmockel, Seuff. Bl. 06, S. 77 ff. RG. 50, 255, RG. 53, 14, RG. 57, 106 ff.

2) Kisch, Unmöglichkeit, S. 132 ff. Derselbe in Iherings Jahrb. 44, S. 68 ff. von Mayr, Gutachten zum 27. Deutsch. Juristentag, II, 167. Titze, Unmöglichkeit, S. 183. v. Tuhr, DJZ. 04, 759 ff. Leonhard, Schuldrecht I, S. 487. Oertmann, Komm. BGB. § 325, Anm. 1b, ders. Vorteilsausgleichung, S. 51 ff.

Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages. Ferner braucht das Gesetz den Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung" nicht nur bei Verträgen, sondern auch bei einseitigen Schuldverhältnissen (§§ 280 II, 281 II, 283 I, 286 II BGB.). Demgegenüber kann die Berufung auf die §§ 375, 376 HGB., wo unter Schadensersatz wegen Nichterfüllung der Differenzanspruch verstanden wird, nicht durchschlagen. Denn die Bedürfnisse des an schneller Abwicklung der Verhältnisse interessierten Handelsverkehrs können nicht für das auf festere Verhältnisse berechnete bürgerliche Recht ohne weiteres als maßgebend anerkannt werden 3). Ferner heißt es im § 376 HGB., daß der Unterschied verlangt werden „kann", was mit der reinen Differenztheorie nicht vereinbar ist 4).

Die Motive 5) und die Protokolle 6) ergeben, daß man bei der Abfassung der jetzigen §§ 325, 326 BGB. die Austauschtheorie zu Grunde gelegt hat.

Rechtssystematisch leitet die Differenztheorie ihre Begründung aus dem einheitlichen Austauschcharakter des Schuldverhältnisses her, während im Gegensatz dazu die Austauschtheorie von der grundsätzlichen Selbständigkeit der beiderseitigen Verpflichtungen ausgeht. Das BGB. folgt aber keiner dieser gegensätzlichen Auffassungen, von denen die erste im code civil (Art. 1184), die zweite im römischen Recht ihre schärfste Ausprägung gefunden hat. Nach dem BGB. sind die beiderseitigen Verpflichtungen zwar voneinander abhängig, so daß mit dem Wegfall der einen auch die Gegenverpflichtung entfällt. Nach § 323 BGB. erhält sich die Gegenpflicht aber dann, wenn an die Stelle der unmöglichen Leistung ein Ersatzstück getreten ist. Dieses Ersatzstück ist hier der Schadensersatzanspruch, demgegenüber sich die Gegenleistung erhalten muß 7).

Gegen die Differenztheorie wird ihre Unanwendbarkeit bei Verträgen zu Rechten Dritter eingewandt. Nach der Differenztheorie müßte sich der Schadensberechtigte Dritte den Wert der Gegenleistung, die er gar nicht zu machen hat, anrechnen lassen. Der Schuldner könnte also einseitig das Recht des Dritten durch Unmöglichmachen seiner Leistung herabmindern. Zur Stützung der Austauschtheorie beruft sich endlich Leonhard 8) auf die Anforderungen der Ethik: die Verletzung des Vertrages durch den Schuldner dürfe für den Gegner nicht das Recht erzeugen, auch seinerseits den Vertrag zu brechen.

Die Differenztheorie führt praktisch zu recht unbilligen Ergebnissen. Der Gläubiger hat sehr oft ein großes Interesse daran, die ihm lästig und

3) von Tuhr, DJZ. 04, 759 ff.
4) Leonhard, Schuldrecht, 1, S. 484.
5) Motive, II, S. 211.
6) Protokolle, I, S. 639 ff., 642 ff., III, S. 62 ff.
7) Leonhard, Schuldrecht, I, S. 484.
8) Leonhard, Schuldrecht, I, S. 484.

unnütz gewordene Gegenleistung zu bewirken. Nach der Differenztheorie muß er sie behalten, und sich mit dem vielleicht mageren Unterschied begnügen. Der ganze Vertragszweck kann dadurch für den Gläubiger vereitelt werden. Andererseits gibt es auch Fälle, in denen die Durchführung der Austauschtheorie zu unbilligen Folgen führt, weil dem Gläubiger die Erfüllung nicht zugemutet werden kann. Es haben sich deshalb zahlreiche vermittelnde Lehren gebildet.

Eine verbreitete Mittelmeinung 9) läßt dem Ersatzberechtigten die Wahl zwischen dem Anspruch auf den Unterschied, ohne daß er seine Gegenleistung zu machen braucht, und dem Anspruch auf Ersatz wegen Ausbleibens der Gegenleistung gegen Anbieten der eigenen Leistung. Dieser Meinung fehlt es aber an jeder gesetzlichen Grundlage. Gegen sie spricht ferner, daß sie eine Unsicherheit in die Rechtslage bringt.

Nach dem Gesagten sprechen überwiegende Gründe für die Austauschtheorie. In einigen Fällen kann aber die Austauschtheorie zu unbilligen Härten für den Gläubiger führen. Hier muß es dem Gläubiger gestattet sein, seine Gegenleistung zu verweigern, und nur den Differenzanspruch zu verlangen. Unrichtig ist es aber, dem Gläubiger schlechthin ein Wahlrecht einzuräumen. Die Verkehrssicherheit verlangt, dem Gläubiger ein Wahlrecht nur in festbestimmten Grenzen zu geben, wie es etwa Leonhard 10) tut, der dem Gläubiger nur dann gestattet, den Differenzanspruch zu erheben, wenn die von ihm geschuldete Leistung auf eine vertretbare Leistung gerichtet ist. Näher auf diesen vielumstrittenen Fragenkreis einzugehen, ist im Rahmen dieser Arbeit nicht erforderlich.

Verlangt der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so bleibt der Vertrag nach beiden Lehren, wenn auch mit verändertem Inhalt bestehen. Dieselben Regeln wie für den Erfüllungsanspruch kommen zur Anwendung, der Erfüllungsort bleibt derselbe, ebenso der für die Erfüllungsklage begründete Gerichtsstand des § 29 ZPO., Bürgen und Pfänder haften weiter, eine etwa vereinbarte Vertragsstrafe verfällt nicht.

3. Als drittes Recht gewährt der § 326 BGB. dem Gläubiger die Möglichkeit vom Vertrage zurückzutreten (eine Ausnahme bestimmt § 454 BGB., wonach der Verkäufer, wenn er die Ware übergeben und außerdem den Kaufpreis gestundet hat, bei Zahlungsverzug des Käufers nicht mehr zurücktreten kann).

Die Ausübung des Rücktrittsrechtes hat die Wirkung, daß das ganze Schuldverhältnis aufgehoben wird. Die gegenseitigen Verpflichtungen fallen fort, wie wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre.

---

9) Planck, Komm. BGB., § 325, Erl. I. a. Staudinger, Komm. BGB., § 325, Anm. I, a. und Angeführte.
10) Leonhard, Schuldrecht, I, S. 488.

Die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches und des Rücktrittsrechtes ist wegen ihrer einschneidenden Bedeutung für den Schuldner an besondere Voraussetzungen geknüpft. Der Gläubiger kann sie nur geltend machen, wenn er vorher entweder:

a) dem Schuldner erfolglos eine angemessene Nachfrist mit der Erklärung bestimmt hat, daß er die Annahme der Leistung mit dem Ablaufe der Frist ablehne (§ 326 I, BGB.) oder

b) die Leistung durch den Verzug das Interesse für ihn verloren hat (§ 326, II BGB.).

Wenn eine der unter a) und b) genannten Voraussetzungen gegeben ist, verliert damit der Schuldner sein Erfüllungsrecht, und der Gläubiger erwirbt damit als gesetzliche, nicht als rechtsgeschäftliche Wirkung die beiden Rechtsbehelfe.

II.

§ 2

Beide Rechtsbehelfe können nicht nebeneinander ausgeübt werden.

Im § 326 BGB. heißt es: der nichtsäumige Teil kann entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten. Die alternative Fassung rechtfertigt die Annahme, daß nicht beide Rechtsbehelfe nebeneinander (kumulativ) ausgeübt werden können.

Diese Annahme wird auch von der Entstehungsgeschichte des § 326 BGB. bestätigt. In den Motiven 11 heißt es ausdrücklich, daß in Uebereinstimmung mit den Vorschriften des AHGB. (vergl. dazu unten S. 11) die Geltendmachung irgend eines Schadensersatzanspruches neben dem Rücktritt ausgeschlossen sein solle, denn Rücktritt und aus dem Vertrage entspringender Anspruch auf Schadensersatz schlössen sich aus. Die auf eine Verbindung des Rücktrittsrechtes mit dem Schadensersatzanspruche abzielenden Anträge (z. B. Lehmann) wurden ausdrücklich abgelehnt. Denn der Rücktritt bezwecke die Beteiligten in die Lage zu versetzen, als ob der Vertrag nicht geschlossen worden wäre. Damit vertrage sich aber ein Anspruch auf das Erfüllungsinteresse nicht.

Das BGB. läßt einen Schadensersatzanspruch grundsätzlich nur aus deliktischen oder deliktsähnlichen Tatbeständen oder aus Verträgen entstehen. Auf das gesetzliche Rücktrittsrecht des § 326 BGB. erklärt der § 327 BGB. die für das vertragsmäßige Rücktrittsrecht geltenden Vorschriften der §§ 346—356 BGB. für entsprechend anwendbar. Da nun das Gesetz

11) Motive, II, S. 210.

dem Rücktritt die Wirkung beilegt, daß möglichst der Zustand hergestellt werden solle, der bestehen würde, wenn der Vertrag nicht geschlossen worden wäre, so erscheint es aus rechtssystematischen Gründen gerechtfertigt, daß neben dem Rücktrittsrecht ein Schadensersatzanspruch, der sich nur auf den Vertrag gründen könnte, nicht zugelassen worden ist.

Das Interesse des Gläubigers sei bei der getroffenen Regelung, die die Geltendmachung irgendeines Schadensersatzanspruches neben dem Rücktritt ausschließt, genügend gewahrt, so heißt es in den Motiven 12). Dem widersprechen Kohler 13) und Cosack 14). Aus Gründen der Angemessenheit des Verkehrs will Kohler dem vertragstreuen Teil das Recht geben, vom Vertrage zurückzutreten und Ersatz zu verlangen wegen des Vorteils, den das Gesamtgeschäft ihm gebracht hätte, und der ihm durch den Rücktritt entzogen worden ist.

Aber der Unterschied zwischen der Geltendmachung einer Schadensersatzforderung wegen Nichterfüllung und der Erklärung, vom Vertrage zurücktreten zu wollen, besteht gerade darin, daß der Gläubiger, der den Schadensersatz geltend macht, beim Vertrage stehen bleibt, wenn er dagegen den Rücktritt erklärt, er von dem ganzen Vertrage nichts wissen will. Sagt sich eine Partei durch die Rücktrittserklärung von den Lasten des Vertrages los, so verzichtet sie damit auch auf die Vorteile, die der Vertrag ihr hätte bringen können. Diese Erwägungen sprechen entscheidend gegen Kohler.

Weniger weit geht Cosack, der aus Billigkeitsgründen dem Käufer, der wegen Lieferungsverzug des Verkäufers zurücktritt, einen Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses (Vertrauensinteresse) zuerkennt. Es mag Fälle geben, in denen ein solcher Anspruch aus Billigkeitsgründen neben dem Rücktritt gerechtfertigt ist. Deshalb haben auch verschiedene Gesetzgebungen dem Gläubiger neben dem Rücktrittsrecht einen Schadensersatzanspruch zuerkannt, so z. B. das schweizerische Obligationsrecht Art. 124 und 125, der code civil Art. 1134, das ALR. I, 5. §§ 384, 398, 410. Aus dem BGB. läßt sich aber im Falle des Rücktritts ein Schadensersatzanspruch nicht begründen. (Eiswald, Rücktritt und Zurückweisung, 1896, S. 41, schlägt eine Regelung im Anschluß an Iherings culpa in contrahendo — Iherings Jahrbücher, 4. S., 1 ff. — vor). In dieser Arbeit soll aber nur das Verhältnis von Rücktritt und Schadensersatz nach § 326 BGB. untersucht werden. Dieser Paragraph kennt aber nur einen Schadensersatz wegen Nichterfüllung, d. h. einen Anspruch auf Ersatz des vollen Erfüllungsinteresses. Deshalb ist hier auf die Sondermeinung Cosacks nicht einzugehen. Seine, wie auch die erwähnte Ansicht Kohlers finden im Gesetz auch keine Stütze.

---

12) Motive, II, S. 211.
13) Kohler, in Holtzendorff-Kohler, Encyklopädie der Rechtswissenschaft, 1914, Bd. S. 92.
14) Cosack, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, I, § 184, IV, 2, S. 497.

Die oben angeführten Gründe lassen klar erkennen, daß das Gesetz die Geltendmachung irgendeines Schadensersatzanspruches neben dem Rücktritt nicht zulassen will 15).

§ 3

Uebersicht über die noch verbleibenden Streitfragen.

Daß die Geltendmachung beider Rechtsbehelfe nebeneinander nicht stattfinden soll, geht aus dem Gesetz wie dargelegt wurde deutlich hervor. Der § 326 BGB. bringt aber nicht klar zum Ausdruck, wie sich im übrigen das Verhältnis der beiden Rechtsbehelfe zueinander gestaltet. Welcher vom Gesetz anerkannten und geregelten Konkurrenzform das Verhältnis der beiden Rechtsbehelfe zueinander untergeordnet werden kann. Es entstehen zahlreiche Fragen: Ob der Schadensersatzanspruch nach fruchtlosem Fristablauf oder mangelndem Interesse des Gläubigers zunächst noch „verhalten", eine Wahl also noch erforderlich, oder ob der Schadensersatzanspruch ohne das Erfordernis einer Wahl so geschuldet ist, daß die Ersatzleistung von dem Schuldner sofort angeboten werden kann, das Rücktrittsrecht also erst in zweiter Linie steht. Und wenn eine Wahl notwendig sein sollte, nach welchen Regeln sie sich vollzieht. Ob die einmal getroffene Wahl in jedem Falle eine endgültige Bindung herbeiführt, oder noch ein Variationsrecht besteht. Und wenn der Gläubiger das Recht haben sollte, von dem einen zum anderen Rechtsbehelf überzugehen, bis zu welchem Zeitpunkt ihm diese Möglichkeit gegeben ist.

Ueber alle diese Fragen besteht im Schrifttum lebhafter Streit. In der Behandlung der hier zu erörternden Probleme macht sich das Fehlen einer eingehenden systematischen Untersuchung sehr nachteilig bemerkbar.

---

15) Kisch, Unmöglichkeit, S. 152. Litten, Die Wahlschuld, S. 116. Oertmann zu § 326, Anm. 6. RGR. Komm. zu § 326, Anm. I,c. Staub, Komm. HGB. zu § 374, Anm. 110. Staudinger, Komm. BGB., II, 1 § 326 B 1 3 a bb. RG. JW. 1910, 229, Nr. 4, RG. 61, 130.

§ 4

Anhaltspunkte für die Entscheidung der Streitfragen aus der Geschichte.

Im römischen und gemeinen Recht galt der Grundsatz, daß bei einem gegenseitigen Vertrage der Verzug des einen Vertragsteiles dem Gegner nur das Recht auf Erfüllung und auf Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung zustand. Ein Rücktrittsrecht erwarb der Gläubiger durch den Verzug regelmäßig nicht 16). Das entsprach der Auffassung, die das ältere römische Recht von den gegenseitigen Verträgen hatte. Die Ansicht, daß jede Vertragspartei nur leistet, um die Leistung der Gegenpartei zu erhalten, war noch fremd. Man nahm an, daß aus dem Vertragsschlusse für jeden Teil eine selbständige Verpflichtung zur Leistung entspringe, daher erfolgte jede Leistung solvendi causa, nicht ob causam futuram im Hinblick auf die Gegenleistung. Da der vertragstreue Teil mit der Leistung den gewollten Zweck, d. h. die Erfüllung der eigenen Verbindlichkeit erreicht hat, so besteht für ihn kein Grund, das von ihm Geleistete zurückzufordern 17). Hat er dagegen selbst noch nicht vorgeleistet, so kann er dem gegnerischen Anspruch die exceptio non adimpleti contractus entgegenhalten, und daher die eigene Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung zurückhalten. Man berücksichtigte also noch gar nicht, daß häufig das Interesse des Gläubigers bei Schuldnerverzug nur darin bestehen kann, völlig vom Vertrage zurückzutreten. Das Fehlen des gesetzlichen Rücktrittsrechtes konnte und wurde gelegentlich aus Zweckmäßigkeitsgründen durch ein vertragliches Rücktrittsrecht ersetzt. Die Parteien vereinbarten durch einen besonderen Nebenvertrag, daß der Verzug einer Partei den anderen Vertragsteil zum Rücktritt berechtigen solle. Das Verhältnis dieses Rücktrittsrechtes zu dem Recht des Gläubigers, bei Verzug des Schuldners Schadensersatz zu verlangen, hing dann von den besonderen Vereinbarungen der Parteien ab Die Behandlung der einzelnen Rücktrittsabreden war sehr unsicher 18).

In der älteren deutschen Partikulargesetzgebung hatten sich zwar vereinzelte Spuren eines gesetzlichen Rücktrittsrechtes gefunden, sie waren aber

16) von Madai, Lehre von der mora, S. 391 ff.

17) Eiswald, Rücktritt und Zurückweisung, S. 19.

18) Oertmann, II, Vorbem. zu § 346.

zur Zeit der Rezeption des römischen Rechtes in Deutschland schon wieder verschwunden 19). Auch die neuere Gesetzgebung ließ, wie das römische Recht, grundsätzlich nur das vereinbarte Rücktrittsrecht gelten. Die Fälle, in denen sich im ALR. gesetzliche Rücktrittsrechte finden, sind nur Ausnahmen von diesem Grundsatz.

Die Frage, in welchem Verhältnis Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt im Falle des Verzugs des Schuldners stehen, konnte für das deutsche Recht erst aufgeworfen werden, als das AHGB. in den Art. 354—356, nach dem Vorbild des französischen Rechts code civil, Art. 1184, ein gesetzliches Rücktrittsrecht wegen Verzugs für alle Handelskäufe schuf. Art. 354 gab dem Käufer für den Fall des Verzugs des Verkäufers ein dreifaches Wahlrecht. Er konnte wählen, ob er:

1. Erfüllung und Schadensersatz wegen verspäteter Erfüllung, oder

2. Schadensersatz wegen Nichterfüllung, oder

3. vom Vertrage zurücktreten wollte.

Ein ähnliches dreifaches Wahlrecht hatte der Verkäufer nach Art. 355 AHGB. bei Verzug des Käufers, aber nur dann, wenn die Ware noch nicht übergeben worden war. Nach Art. 356 AHGB. mußte der nichtsäumige Teil, der Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, oder vom Vertrage zurücktreten wollte, dies dem in Verzug befindlichen Teil anzeigen und ihm dabei, wenn die Natur des Geschäftes dies zuließ, noch eine den Umständen nach angemessene Frist zum Nachholen des Versäumten setzen.

Die Wahlerklärung, sich des einen oder des anderen Rechtsbehelfs bedienen zu wollen, war unwiderruflich bindend 20).

Diese Unwiderruflichkeit der einmal getroffenen Wahl nimmt Staub 21) auch für das BGB. an unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte des § 326 BGB., der den Artikeln 354—356 AHGB. nachgebildet worden sei. Wohl ist richtig, daß die Regelung des Rücktrittsrechtes bei Verzug des Schuldners im AHGB. in mancher Hinsicht vorbildlich für die Regelung im § 326 BGB. gewesen ist. Die von Staub zur Stützung seiner Auffassung erwähnten Stellen aus den Motiven und Protokollen 22) ergeben dies aber nicht für die Frage der Unwiderruflichkeit der einmal getroffenen Wahl. Das Erfordernis einer Wahl wird in den Motiven und Protokollen an mehreren Stellen hervorgehoben, über ihre Wirkung, insbesondere über die Frage der Unwiderruflichkeit wird aber nichts gesagt. Es ist auch durchaus nicht „selbstverständlich“, daß eine Wahl immer eine

19) Stobbe-Lehmann, Handbuch des deutschen Privatrechts, Bd. III, S. 301 ff.

20) ROHG., 7-389, 3-203, 6-182, 24-331.

21) Staub, Komm., HGB., 11. Aufl., zu § 374, Anm. 110.

22) Motive, II, S. 210, Protokolle, II, 1. S. 642 ff.

endgültige Bindung herbeiführen muß. Diese Frage ist sogar sehr umstritten.

Aus der Entstehungsgeschichte des § 326 BGB. geht nicht hervor, daß die Regelung des Verhältnisses zwischen Rücktritt und Schadensersatz aus dem AHGB. in das BGB. übergehen sollte. Aus der Tatsache, daß bei der Bearbeitung des BGB. die streitige Frage gar nicht berührt worden ist, ob nämlich der Gläubiger berechtigt ist, nach Geltendmachung des Schadensersatzanspruches noch vom Vertrage zurückzutreten, rechtfertigt sich nicht der Schluß, es habe die Absicht bestanden, den Rechtszustand des AHGB. beizubehalten. Denn es ist nicht anzunehmen, daß die für die völlig anders gelagerten Verhältnisse des Handels geschaffenen Rechtssätze ohne weiteres auf das Gebiet des bürgerlichen Rechts übertragen werden sollten.

Die geschichtliche Betrachtung spricht sonach für die Notwendigkeit einer Wahl zwischen den beiden Rechtsbehelfen des § 326 BGB., also dafür, daß der Schadensersatzanspruch nach fruchtlosem Fristablauf zunächst noch „verhalten" ist (vgl. unten S. 28). Für die Entscheidung der Frage, ob die einmal getroffene Wahl endgültig bindend ist, konnten keine entscheidenden Anhaltspunkte gefunden werden.

§ 5

Eine Wahlschuld liegt nicht vor.

Die alternative Fassung des § 326 BGB., wonach der Gläubiger die Befugnis hat, entweder Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen o d e r vom Vertrage zurückzutreten, deutet auf das Vorliegen eines Wahlschuldverhältnisses mit Gläubigerwahlrecht hin. Denn das Gesetz gebraucht das Wort „oder" regelmäßig zur Kennzeichnung eines Wahlschuldverhältnisses (vgl. etwa § 179, I BGB.).

Unter Wahlschuld versteht man eine Schuld, die auf die eine oder die andere von mehreren Leistungen derart gerichtet ist, daß die Bestimmung durch Wahl erfolgen soll (§ 262 BGB.).

Streitig ist, welche von den mehreren Leistungen geschuldet wird. Nach einer älteren Auffassung werden bis zur Entscheidung sämtliche Leistungen geschuldet, die Schuld werde aber durch die Wahl auf den gewählten Inhalt beschränkt, so daß nur dieser geschuldet bleibe (Resolutive Pendenztheorie 23).

23) Pescatore, Wahlschuld, S. 25. Crome, II, 1. § 155. Planck zu § 262 BGB.

Wenn sich die Vertreter dieser Lehre auf den Wortlaut des § 262 BGB. berufen, wonach mehrere Leistungen geschuldet werden, so übersehen sie, worauf F. Leonhard 24) hinweist, daß das Gesetz gleich fortfährt: „in der Weise, daß die eine oder die andere zu bewirken ist". Die Annahme, wer „eines oder das andere" schulde, der schulde einstweilen „jedes von beiden" enthält einen logischen Widerspruch. Gegen diese Lehre spricht weiter entscheidend, daß die Wirkungen, die die bestehenden Schuldpflichten haben müßten, nicht eintreten. Die einzelne Forderung kann vor der Wahl noch nicht eingeklagt werden. Ferner ist ein Verzug wegen einer der Leistungen noch nicht möglich: weder beim Gegner des Wahlberechtigten, der ja noch nicht weiß, welche Leistung er bewirken soll, noch bei dem Wahlberechtigten, der nur hinsichtlich der Wahl, nicht aber bezüglich einzelner Leistungen in Verzug kommen kann.

Nach der Gegenansicht fehlt es der Schuld zunächst überhaupt an einem Inhalt. Danach wird der Inhalt des Schuldverhältnisses erst durch die Wahl geschaffen (suspensive Pendenztheorie) 25). Aber gerade dadurch, daß feststeht, daß eine der mehreren Leistungen wahlweise zu bewirken ist, unterscheidet sich die Wahlschuld einerseits von der Gattungsschuld, andererseits von der bedingten Schuld. Bei der Gattungsschuld werden bis zur Vereinfachung (Konzentration) bestimmte einzelne Gegenstände noch nicht geschuldet, und bei der bedingten Schuld ist es überhaupt noch ungewiß, ob etwas zu leisten ist.

Diese Ueberlegungen führen zu dem Schluß, daß die mehreren Leistungen von Anfang an alternativ geschuldet sind. Der in gewissen Grenzen unbestimmte Inhalt des einheitlichen Anspruches wird durch die Wahl zu einem bestimmten gestaltet 26).

Auf die vielumstrittene rechtliche Konstruktion der Wahlschuld braucht im Rahmen dieser Arbeit nicht näher eingegangen zu werden. Darüber herrscht aber volle Einigkeit, daß es sich bei ihr immer um zwei oder mehrere L e i s t u n g e n handeln muß, zwischen denen der Berechtigte zu wählen hat. Das geht aus dem Wortlaut des § 262 BGB. klar hervor 27).

Das Wahlschuldverhältnis ist ein Schuldverhältnis, das wie jedes Schuldverhältnis auf Leistung greichtet ist. Eine Leistung ist eine Handlung des Schuldners, die in einem Tun oder Unterlassen bestehen kann (§ 241 BGB.). Von den beiden Rechtsbehelfen, die der § 326 BGB. dem Gläubiger zur Verfügung stellt, nämlich Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten, verpflichtet nur die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches den Schuldner zu einer

24) Schuldrecht, I, S. 122.
25) Litten, Wahlschuld, S. 78.
26) Leonhard, Schuldrecht, I, S. 124.
27) Motive, II, S. 6.

Leistung, der Rücktritt ist dagegen nicht auf eine schuldnerische Leistung gerichtet. denn er enthällt ein Gestaltungsrecht und wird durch (einseitige empfangsbedürftige) Willenserklärung ausgeübt (§§ 327, 349 BGB.). Der § 326 BGB. gibt dem Gläubiger nicht das Recht, zwei Leistungen zu verlangen, er stellt ihm nur einen Anspruch auf Leistung und ein Gestaltungsrecht, den Rücktritt, zür Verfügung. Die Annahme eines Wahlschuldverhältnisses muß deshalb ausscheiden. Eine direkte Anwendung der §§ 262—265 BGB. ist deshalb ausgeschlossen 28).

§ 6

Die Annahme einer Ersetzungsbefugnis (im technischen Sinn) muß ebenfalls ausscheiden.

Eine der Wahlschuld verwandte Erscheinung des Rechts ist die sogen. facultas alternativa, die man nach Leonhard 29) heute allgemein als „Schuld mit Ersetzungsbefugnis“ bezeichnet. Von einigen Schriftstellern 30) wird im § 326 BGB. bezüglich des Verhältnisses zwischen Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt das Vorliegen einer Ersetzungsbefugnis zu Gunsten des Gläubigers angenommen.

Das BGB. hat, anders als bei der Wahlschuld, eine allgemeine Regelung dieses Rechtsverhältnisses nicht gegeben. Der Begriff der Ersetzungsbefugnis ist von der Wissenschaft aus den einzelnen im BGB. enthaltenen Fällen entwickelt worden.

Jedes Schuldverhältnis hat den Zweck, durch Leistung die Befriedigung eines Bedürfnisses herbeizuführen. Dieses Ziel kann oft besser durch eine andere, außerhalb des Schuldverhältnisses, also abseits von Anspruch und Verbindlichkeit stehende Leistung erreicht werden. Die Rechtsordnung erkennt diese Tatsache an, indem sie in einer ganzen Reihe von dem Gesetz begründeter Schuldverhältnisse entweder dem Verpflichteten die Möglichkeit gibt an die Stelle der ursprünglich geschuldeten Leistung eine andere, eine Ersatzleistung zu setzen, oder dem Berechtigten gestattet, eine

---

28) Planck, Komm. BGB., zu § 325, Nr. 2 b. 4. Aufl. Leonhard, F., Schuldrecht, I, S. 124. Litten, Wahlschuld, S. 116. Langheinecken, Anspruch, S. 214. Oertmann, Komm. BGB., Vorbem. zu §§ 262 bis 265, 2, e. Staudinger, Komm. BGB., zu § 326 3, a. aa.

29) Die Wahl bei der Wahlschuld, in Jh. Jahrb. 41, S. 2.

30) Titze, Unmöglichkeit, S. 194 ff. Oertmann, Komm. BGB. II, I, zu § 326 if. 6.

andere Leistung zu fordern. Auch hat das Gesetz der Begründung einer solchen Ersetzungsbefugnis durch Parteibestimmung keine Schranken gezogen.

Die Entsetzungsbefugnis des BGB. hat ihre Wurzeln im römischen Recht, aus dem mehrere Fälle von Ersetzungsbefugnissen bekannt sind 31).

Als Fälle der Ersetzungsbefugnis des Schuldners im BGB. sind von der herrschenden Lehre z. B. anerkannt:

§ 244, I BGB. 32). Der § 244 BGB. bestimmt, daß eine in ausländischer Währung ausgedrückte Geldschuld, die im Inland zu zahlen ist, auch in Reichswährung gezahlt werden kann. Der Schuldner ist nur zur Zahlung in ausländischer Währung verpflichtet, aber berechtigt, sich durch Zahlung in Reichswährung zu befreien.

§ 528, I BGB. 33). Hiernach kann der Schenker, soweit er nach Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen standesgemäßen Unterhalt zu bestreiten und die ihm seinen Verwandten usw. gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltungspflicht zu erfüllen, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenkes nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verlangen. Der Beschenkte ist aber berechtigt, die Herausgabe durch Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrages abzuwenden. Weitere Fälle finden sich z. B. in den §§ 1142, 1192, 1200 BGB. 34).

In den geschilderten Fällen ist der Schuldner immer zu einer bestimmten Leistung verpflichtet, aber berechtigt, die allein geschuldete Leistung durch eine außerhalb des Schuldverhältnisses stehende Leistung zu ersetzen und dadurch das Schuldverhältnis zum Erlöschen zu bringen. Es sind also bei der Ersetzungsbefugnis nicht mehrere gleichwertige Leistungen, sondern eine Hauptleistung und eine Ersatzleistung vorhanden. Der Begriff der Ersetzungsbefugnis des Schuldners läßt sich sonach als die Befugnis des Schuldners bestimmen, statt der geschuldeten eine bestimmte nicht geschuldete Leistung zu bewirken, und sich dadurch von seiner Verbindlichkeit zu befreien.

Ueber diesen Begriff der Ersetzungsbefugnis des Schuldners, der zum ersten Male von Wächter 35) in dieser Weise bestimmt worden ist, herrscht

---

31) Windscheid-Kipp, Pand. 2, 8. S. 23 ff. Dernburg, Pand. 2, 7, S. 83.

32) Litten. Wahlschuld, S. 113. Gernsheim. Die Ersetzungsbefugnis, S. 238. Chamizer, Natur, Gebiet und Grenzen der Wahlschuld, S. 71.

33) Leonhard, Schuldrecht, I, S. 134. Litten, Wahlschuld, S. 113. Gernsheim. Die Ersetzungsbefugnis, S. 248. Weitz, Die facultas alternativa, S. 8 ff. Enneccerus-Lehmann. III, § 20, 1.

34) F. Leonhard, Die Wahl bei der Wahlschuld, in Jher. Jb. 41, S. 2, Anm. 1. Litten, a. a. O., S. 113. Chamizer, a. a. O., S. 75, Gernsheim, a. a. O., S. 252.

35) Württembergisches Privatrecht, III, § 33.

Einigkeit 36), wenn auch einzelne Anwendungsfälle sehr bestritten sind.

Die Möglichkeit einer Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, um die es sich im § 326 BGB. nur handeln könnte, hat man früher überhaupt verneint, und dieses Rechtsverhältnis der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht untergeordnet 37). Regelsberger weist als erster die Selbständigkeit eines der Ersetzungsbefugnis des Schuldners auf Seiten des Gläubigers entsprechenden Rechtsverhältnisses nach 38). Die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers ist heute fast ebenso allgemein anerkannt, wie die des Schuldners 39).

Ueber die einzelnen Anwendungsfälle herrscht hier allerdings besonders lebhafter Streit. Als Fälle der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers werden von der Mehrzahl der Schriftsteller z. B. §§ 843, III, 844, II, 845, 912 ff, 1580, II BGB. anerkannt 40).

§ 843 BGB. gibt dem Verletzten unter gewissen Voraussetzungen gegen den Verletzer einen Anspruch auf Entrichtung einer Geldrente. Statt der Rente kann der Verletzte gemäß Abs. III eine Abfindung in Kapital verlangen, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Die gleiche Befugnis hat nach § 844, II BGB. ein Dritter, der infolge der Tötung eines ihm gegenüber Unterhaltungspflichtigen das Recht auf Unterhalt verloren und infolgedessen gegen den Ersatzpflichtigen einen Anspruch auf Entrichtung einer Geldrente hat. Im Falle der Tötung, der Verletzung des Körpers, oder der Gesundheit, sowie im Falle der Freiheitsentziehung hat der Ersatzpflichtige, wenn der Verletzte kraft Gesetzes einem Dritten zur Leistung von Diensten verpflichtet war, dem Dritten für die entgehenden Dienste Ersatz durch Entrichtung einer Geldrente zu leisten (§ 845, S. 1). Der Dritte kann aber, wenn ein wichtiger Grund vorliegt, statt der Rente, Abfindung in Kapital verlangen (§ 845, S. 2, BGB.). Die gleiche Befugnis statt einer Rente Kapitalabfindung zu verlangen, gibt § 1580 BGB. dem unterhaltspflichtigen Ehegatten, wenn ein wichtiger Grund vorliegt.

---

36) Cosack, 1, § 167, I, 1. b. Dernburg, II, 1, § 45 III (3. Aufl.), Enneccerus-Lehmann, II. § 20, I. Gernsheim, a. a. O., S. 13. Langheinecken, Anspruch, S. 201. Leonhard, Schuldrecht I, S. 134, Oertmann, II, 1, Vorbem. 2. b. zu §§ 262-265. Planck II, Vorbem. zu §§ 262-265. Rehbein. Komm. BGB., S. 73. Staudinger, II, Vorbem. 1, 4, zu §§ 262-265.

37) Pescatore, Die Wahlschuldverhältnisse, S. 277 ff. Siber, Rechtszwang, S. 64, Anm. 2.

38) Regelsberger, in Iher. Jb. 16. S. 159 ff.

39) Crome, II, § 1153, S. 91 ff. Enneccerus-Lehmann, II, § 20 II. Gernsheim, a. a. O., S. 22, Oertmann, II, 1, Vorbem. III, b. zu §§ 262-265. Litten, Wahlschuld, S. 98. Planck, II, 1, Vorbem. III zu §§ 262-265. RGRKomm. I § 262, 1, b. Staudinger, II, Vorbem. zu § 262. Weitz, a. a. O., S. 13.

40) Leonhard, Schuldrecht, I. S. 134. Chamizer, a. a. O., S. 85. Gernsheim, a. a. O., S. 272 ff. Weitz, a. a. O., S. 19.

In allen diesen Fällen kann der Gläubiger, entsprechend der Ersetzungsbefugnis des Schuldners, an Stelle der allein den Inhalt und Gegenstand seines Anspruches bildenden Leistung eine außerhalb des Schuldverhältnisses stehende Leistung verlangen. Der Inhalt des Anspruches wie die Leistungspflicht steht hier zwar genau fest, der Gläubiger hat aber die Möglichkeit, statt der Leistung, auf die sich allein sein Anspruch richtet, eine bestimmte andere, die in gleichem Maße sein Interesse zu befriedigen geeignet ist, vom Schuldner zu erzwingen. Dem Gläubiger ist also die Befugnis eingeräumt, an die Stelle, der den Gegenstand seines Anspruches bildenden Leistung eine bestimmte andere zu setzen. Bei der Ersetzungsbefugnis des Schuldners hat der Schuldner die Befugnis der Leistung einen anderen Inhalt zu geben. Dieser Befugnis entspricht auf der Gläubigerseite die Berechtigung nicht nur der Leistung, sondern dem Anspruch einen anderen Inhalt zu geben, da ja der Gläubiger nicht zu leisten, sondern die Leistung zu beanspruchen hat.

Die Aehnlichkeit der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers mit der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht führte dazu, eine Unterscheidung zwischen beiden überhaupt fallen zu lassen, und alle Fälle als Wahlschuldverhältnisse zu behandeln. Pescatore 41), der diese Ansicht vor allem vertritt, geht von der oben (S. 16) abgelehnten Auffassung aus, daß bei der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht zwei Ansprüche vorhanden seien. Das Besondere der Ersetzungsbefugnis bestehe nur darin, daß bei ihr einer, der dem Gläubiger alternativ zustehenden Ansprüche in erster Linie ins Auge gefaßt sei. Diese Tatsache hält er aber nicht für genügend, neben der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht die Selbständigkeit der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers anzuerkennen, denn „da der Sammelname Wahlschuld so bunt zusammengewürfelte Rechtsverhältnisse umfasse, könne es auf ein bißchen mehr oder weniger Verschiedenheit im einzelnen wirklich nicht ankommen“ 42). Wenn nach Pescatore die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers eine Wahlschuld ist, so ergibt sich daraus mit Notwendigkeit, auch die Vorschriften der Wahlschuld darauf zur Anwendung zu bringen. Pescatore erklärt aber die §§ 262—265 BGB. auf die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers nur für nicht schlechthin unanwendbar 43). Diese Feststellung führt aber nicht weiter. Denn das Gleiche läßt sich auch dann sagen, wenn man die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers als selbständiges Rechtsinstitut neben der Wahlschuld anerkennt. Wenn man eine Erscheinung des Rechtslebens einem bestimmten Rechtsbegriff unterordnet, so kann das nur den Zweck haben, auch die Vorschriften, die für das betreffende Rechtsinstitut gelten, darauf anzuwenden. Darüber, welche Grundsätze auf die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers anzuwenden sind, schweigt Pescatore. Im übrigen gibt Pescatore selbst von seinem Standpunkt aus zu, daß dieser „besonders geartete Fall

41) Pescatore, Wahlschuldverhältnisse, S. 270 ff.
42) Wahlschuldverhältnisse, S. 279.
43) Pescatore, Wahlschuldverhältnisse, S. 280.

der alternativen Obligation" die Eigentümlichkeit habe, daß der Verpflichtete mit eintretender Erfüllungsunmöglichkeit der zunächst geschuldeten Leistung frei werde. Dieser Satz steht aber mit den Grundsätzen der Wahlschuld, wonach bei zufälligem Untergang der einen Leistung sich das Schuldverhältnis auf die noch möglichen Leistungen beschränkt, in krassem Widerspruch.

Aus der oben entwickelten Begriffsbestimmung der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers ergeben sich grundlegende Unterschiede zu der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht, die jetzt auch von Siber 44) im wesentlichen anerkannt werden, der früher 45) einen Gegensatz zwischen den beiden Begriffen leugnete.

Während bei der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht die Wahl durch das Verlangen der einen oder der anderen Leistung ausgeübt wird, kann bei der Schuld mit Ersetzungsbefugnis begriffsmäßig nur durch das Verlangen der Ersatzleistung ausgeübt werden.

Bei der Wahlschuld muß eine vorhandene Unbestimmtheit durch die Wahl gelöst werden. Bei der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers ist eine solche Unbestimmtheit nicht vorhanden, und deshalb eine Wahl nicht erforderlich. Die Geltendmachung der Ersetzungsbefugnis enthält keine Wahl. (Falsch deshalb Titze, Unmöglichkeit, S. 190 ff.). Der Verzicht auf die Geltendmachung der Ersetzungsbefugnis läßt das bestehende Schuldverhältnis völlig unberührt, während bei der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht der Gläubiger nur in der Weise auf das Wahlrecht verzichten kann, daß es auf den anderen Teil übertragen wird.

Bei der Wahlschuld kommt der wahlberechtigte Gläubiger gemäß § 295 BGB. schon durch ein wörtliches Angebot der geschuldeten Leistung seitens des Schuldners in Verzug. Bei der Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers tritt dagegen der Verzug gemäß § 294 BGB. nur durch das tatsächliche Angebot der Hauptleistung ein, da ja diese Leistung von vornherein bestimmt und allein Gegenstand der Schuld ist. Im Falle der Unmöglichkeit kommt es darauf an, ob die Haupt- oder Ersatzleistung davon betroffen wird. Bei Unmöglichkeit der Hauptleistung wird die ganze Schuld aufgehoben und die Ersatzleistung braucht nicht gemacht zu werden. Trifft die Unmöglichkeit dagegen die Ersatzleistung, so ist das für die Hauptleistung ohne jeden Einfluß.

Diese wichtigsten grundlegenden Unterschiede zwischen der Wahlschuld mit Gläubigerwahlrecht und der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers, die sich aus der entwickelten Begriffsbestimmung der Ersetzungsbefugnis ergeben, zwingen dazu, die Schuld mit Ersetzungsbefugnis des Gläubigers

---

44) Krit. Viertelj.-Schrift, 46, S. 550 und derselbe bei Planck, II. Vorbem. III. zu §§ 262-265.

45) Siber, Rechtszwang, S. 64, Anm. 2.

als besonders geartete Erscheinungsform des Rechts neben der Wahlschuld anzuerkennen.

Der Begriff der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers wurde hier in Uebereinstimmung mit der h. L. dahin bestimmt, daß ein Anspruch durch einen anderen Anspruch ersetzt wird. Im § 326 BGB. sind aber dem Gläubiger nicht ein Haupt- und ein Ersatzanspruch gewährt, dem Gläubiger steht nur ein Anspruch und ein Gestaltungsrecht zur Verfügung. Deshalb liegt im § 326 BGB. eine Ersetzungsbefugnis im eigentlichen (technischen) Sinne nicht vor.

§ 7

Auch eine Ersetzungsbefugnis „besonderer Art" liegt nicht vor.

Wenn Titze 46) dennoch das Verhältnis von Schadensersatz und Rücktritt im § 326 BGB. als eine Ersetzungsbefugnis ansieht, so geht er bei dieser Annahme von einem weiteren Begriff der Ersetzungsbefugnis aus, als er oben gegeben worden ist. Nach Titze liegt eine Ersetzungsbefugnis des Gläubigers nicht nur dann vor, wenn der Gläubiger befugt ist, an die Stelle der den Gegenstand seines Anspruchs bildenden Leistung eine andere Leistung vom Schuldner rechtlich zu erzwingen, sondern auch dann, wenn dem Gläubiger die Möglichkeit eingeräumt worden ist, in anderer Weise irgendwie verändernd auf das Schuldverhältnis einzuwirken, wie z. B. hier durch Ausübung eines Gestaltungsrechtes. Auch Leonhard 47) ordnet die Fälle, in denen an die Stelle eines Anspruchs ein Gestaltungsrecht tritt, dem Begriff der Ersetzungsbefugnis unter. Leonhard wie Oertmann 48) gehen von dem hier entwickelten Begriff der Ersetzungsbefugnis aus, fassen aber die erwähnten Fälle unter einen erweiterten Begriff der Ersetzungsbefugnis. Oertmann spricht von einer Ersetzungsbefugnis „besondere Art".

Die Annahme einer Ersetzungsbefugnis für das Verhältnis von Schadensersatz und Rücktritt im § 326 BGB. findet in dem Wortlaut dieses Paragraphen keine Stütze. Einem festen Sprachgebrauch folgt das Gesetz zwar nicht, um das Vorhandensein einer Ersetzungsbefugnis zu kennzeichnen. Doch deutet es eine Ersetzungsbefugnis meist durch die Worte „statt" oder „kann" an, die dann in etwa folgendem Zusammenhang stehen: „statt dieser Leistung ist der Gläubiger berechtigt, jene zu verlangen", oder

46) Titze, Unmöglichkeit. S. 194 ff.
47) Schuldrecht, I. S. 135.
48) Oertmann, Komm. BGB., zu § 326 Ziff. 6.

„der Berechtigte kann diese Leistung durch jene abwenden“ (vgl. zu diesem letzten Beispiel aber § 617 BGB., wo es sich trotz des Wortlautes um eine Wahlschuld handelt, so Leonhard, in Iherings Jahrbüchern, 41 S. 3. Litten, Die Wahlschuld, S. 110. Gernsheim a. a. O., S. 250).

Die angedeuteten Fassungen lassen regelmäßig den Schluß zu, daß die eine Leistung, die statt der anderen bewirkt oder gefordert werden kann, nicht neben dieser anderen, sondern als Ersatzleistung hinter der anderen, der Hauptleistung steht.

Im § 326 BGB. heißt es, der Gläubiger ist berechtigt, „Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen o d e r vom Vertrage zurückzutreten“. Das ganze BGB. enthält keinen Paragraphen, in dem das Wort „oder“ zur Kennzeichnung einer Ersetzungsbefugnis in dem engeren Sinne gebraucht worden ist.

Das Bindewort „oder“ kann auch gar nicht das eigenartige Rangverhältnis bei der Ersetzungsbefugnis zum Ausdruck bringen, daß nämlich die eine Leistung als Hauptleistung im Vordergrund, die andere als Ersatzleistung dahintersteht. Das Gesetz verwendet das Wort „oder“, das eine Gleichordnung andeutet, deshalb regelmäßig beim Vorliegen einer Wahlschuld, wo mehrere Leistungen sich in rechtlich völlig gleicher Stellung befinden. Der Wortlaut des § 326 BGB. berechtigt deshalb eher zu der Annahme, daß die beiden Rechtsbehelfe, die der § 326 BGB. dem Gläubiger gibt, gleichgeordnet nebeneinander stehen, als dazu, daß sie wie bei der Ersetzungsbefugnis hintereinander geschaltet sind.

Aus der Geschichte (vgl. oben S. 13 ff.) lassen sich Gründe, die für das Vorliegen einer Ersetzungsbefugnis im § 326 BGB. sprechen, nicht herleiten.

Das Bezeichnende einer Ersetzungsbefugnis des Gläubigers liegt, wie oben dargestellt, darin, daß der Gläubiger einen festbestimmten Anspruch hat, der Schuldner also nur eine Leistung schuldet, der Gläubiger aber berechtigt ist, eine andere Leistung vom Schuldner zu erzwingen, oder unter zu Grundelegung des weiteren Begriffs der Ersetzungsbefugnis (vgl. oben S. 22) befugt ist, sonstwie verändernd auf das Schuldverhältnis einzuwirken. Wenn aber das Interesse des Gläubigers nicht näher bestimmt ist, noch keine bestimmte Leistung geschuldet wird, der Gläubiger erst noch die Auswahl zwischen mehreren Befugnissen hat, von denen er eine wählen muß, um seinem Interesse zu genügen, dann liegt eine Wahlschuld oder ein der Wahlschuld ähnliches Verhältnis vor.

Es entsteht also die Frage, ob im § 326 BGB. noch eine zu lösende Unbestimmtheit vorhanden ist, also noch eine Wahl zwischen den beiden Rechtsbehelfern stattfinden muß, oder ob der Schadensersatz nach fruchtlosem Fristablauf ohne weiteres so geschuldet wird, daß eine Wahlerklärung überflüssig ist. Mit anderen Worten: vollzieht sich die Ersetzung der schuldnerischen Leistung durch den Schadensersatz (Austauschtheorie),

oder vom Standpunkt der Differenztheorie die Ersetzung der gegenseitigen Vertragserfüllungspflicht durch den Schadensersatzanspruch durch Wahlerklärung, oder unmittelbar, ohne daß irgendwelche Erklärungen erforderlich wären? Kann also der Schuldner dem Gläubiger nach fruchtlosem Fristablauf die Ersatzleistung sofort anbieten, und dadurch den Gläubiger bei Nichtannahme in Verzug setzen, oder muß er erst eine Wahlerklärung des Gläubigers abwarten?

Der im § 326 BGB. gewählte Weg, eine Vereinfachung und Klärung der Verhältnisse dadurch herbeizuführen, daß einem Beteiligten das Recht eingeräumt wird, dem anderen Teil zur Bewirkung einer Leistung eine angemessene Frist unter Androhung eines näher bestimmten Rechtsnachteils zu setzen, wird vom BGB. noch in mehreren anderen Fällen gewählt. So z. B. in den §§ 283, 250 BGB. Nach § 283 BGB. wandelt sich der Erfüllungsanspruch mit dem Ablaufe der Frist in einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung um. Dieser Anspruch tritt automatisch an die Stelle des Erfüllungsanspruches.

Entsprechendes gilt für den § 250 BGB., auch hier schlägt der Herstellungsanspruch um, derartig, daß der Schuldner dem Gläubiger die Ersatzleistung anbieten und den Gläubiger bei Nichtannahme in Verzug setzen kann.

Die genannten Fälle können aber keine Anhaltspunkte für die Entscheidung der Frage liefern, ob auch im § 326 BGB. der Schadensersatzanspruch ohne das Erfordernis einer Wahl an die Stelle des Erfüllungsanspruches tritt. Denn im § 326 BGB. ist die Sachlage insoweit anders, als dem Gläubiger eben nicht nur ein Schadensersatzanspruch, sondern außerdem noch ein Rücktrittsrecht gewährt worden ist.

Schöller 49) beruft sich zur Stützung seiner Auffassung, der Erfüllungsanspruch verwandle sich, ohne daß irgendwelche Erklärungen des Gläubigers erforderlich wären, in einen Schadensersatzanspruch, auf die Gestaltung bei den einseitigen Schuldverhältnissen. Hier trete bei der verschuldeten Unmöglichkeit der Schadensersatzanspruch „ipso jure" an die Stelle des Erfüllungsanspruches. Der Vergleich mit der Regelung im § 280 BGB. mag deshalb nahe liegen, weil sich im § 326 BGB. nach fruchtlosem Ablauf der Frist die bloße Verzögerung in eine Unmöglichkeit umwandelt. Aber aus der vergleichsweisen Heranziehung des § 280 BGB. lassen sich ebenfalls keine entscheidenden Schlüsse auf die Regelung im § 326 BGB. ziehen. Und zwar deshalb nicht, weil eben im § 280 BGB. gar keine Wahl in Betracht kommen kann, da der Gläubiger ja nur Schadensersatz zu verlangen hat.

Auch Kipp 50) scheint auf dem Standpunkt zu stehen, der Schadensersatz sei nach fruchtlosem Fristablauf so geschuldet, daß eine Wahl nicht erforderlich sei. Nach Kipp enthällt die Erklärung Schadensersatz wegen

49) Schöller in Gruch, Beitr. 45, S. 525 ff.
50) Kipp, in Festgabe für Koch, S. 130.

Nichterfüllung zu verlangen, kein Rechtsgeschäft. Mit dieser Erklärung verlange der Gläubiger nur Gehorsam für ein bereits bestehendes Recht. Diese Auffassung erklärt sich aber nur, wenn man davon ausgeht, daß nach dem fruchtlosen Ablauf der Frist der Schadensersatz ohne das Erfordernis einer Wahl sofort so geschuldet wird, daß der Schuldner dem Gläubiger die Ersatzleistung anbieten kann. Nimmt man das an, dann ist allerdings die Erklärung des Gläubigers, Schadensersatz zu verlangen, keine rechtsgeschäftliche Erklärung, da es sich nur um die Geltendmachung eines bestehenden Anspruchs handelt. Ist aber der Schadensersatzanspruch zunächst noch „verhalten", eine Wahl zur Lösung der Unbestimmtheit noch erforderlich, dann enthält die Erklärung Schadensersatz zu verlangen eine Wahl. Diese Erklärung müßte aber eine rechtsgeschäftliche Erklärung sein, denn sie würde zur Folge haben, daß von nun ab der Schadensersatz so geschuldet wäre, daß der Schuldner die Ersatzleistung anbieten und dadurch den Gläubiger bei Nichtannahme in Verzug setzen könnte. Es würden also durch die Wahlerklärung selbständige Rechte und Pflichten geschaffen und das Schuldverhältnis auf eine neue Grundlage gestellt (vgl. unten S. 32). Die Behauptung von Kipp, die Erklärung Schadensersatz zu verlangen sei keine rechtsgeschäftliche Erklärung, kann danach nur auf der Annahme beruhen, der Schadensersatz sei nach den genannten Voraussetzungen unmittelbar ohne das Erfordernis einer Wahl geschuldet und zwar in der Weise, daß der Schuldner ihn anbieten könnte, Gründe für diese Annahme bringt Kipp nicht.

Die wenigen positivrechtlichen Gründe, die im Schrifttum für die Auffassung, im § 326 BGB. stehe der Rücktritt zu dem Schadensersatz im Verhältnis einer Ersetzungsbefugnis, geltend gemacht worden sind, haben sich als nicht zwingend erwiesen.

Einen wichtigen Anhaltspunkt für die Entscheidung der Frage bietet der § 325 BGB., der von der vom Schuldner zu vertretenden Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen handelt. Der Paragraph gewährt dem Gläubiger, genau wie im Falle des § 326 BGB., einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung und ein Rücktrittsrecht. „Statt" dieser beiden Rechtsbehelfe kann der Gläubiger die im § 323 BGB. bestimmten Rechte geltend machen (§ 325, I, 3 BGB.). Diese Möglichkeit, die Rechte aus § 323 BGB. geltend zu machen, wird allgemein als eine Ersetzungsbefugnis angesehen 51). Das Gesetz sagt ausdrücklich, daß der Gläubiger statt des Anspruches auf Schadensersatz und des Rücktrittsrechtes die Rechte aus § 323 BGB. geltend machen kann. Die Rechte aus § 323 BGB. stehen also zu beiden Rechtsbehelfen, zum Schadensersatzanspruch und zum Rücktrittsrecht im Verhältnis einer Ersetzungsbefugnis. Die Gleichordnung

51) Leonhard, Schuldrecht I, S. 492. Weitz, Die facultas alternativa, S. 21 ff.

der beiden ersten Rechtsbehelfe bringt das Gesetz noch durch das „und" deutlich zum Ausdruck. Die Rechte auf Schadenersatz und Rücktritt vom Vertrage bilden die „primären" Rechtsbehelfe, denen der Gläubiger die Geltendmachung der Rechte aus § 323 BGB. „substituiren" kann. Wenn Enneccerus 52) sagt, der Schadenersatzanspruch erscheine als das Hauptrecht des Gläubigers, in dem er dem Gläubiger das Recht zuspricht, stattdessen das Ersatzstück oder den Rücktritt zu wählen, so verstößt diese Auffassung gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes. Wenn Enneccerus Recht hätte, müßte es im Gesetz heißen: statt des Schadenersatzanspruches kann der Gläubiger zurücktreten oder die Rechte aus § 323 BGB. geltend machen. Das Gesetz faßt aber gerade den Schadenersatzanspruch und das Rücktrittsrecht zusammen und ordnet an, daß statt dieser beiden Rechtsbehelfe die Rechte aus § 323 BGB. geltend gemacht werden können. Schadenersatz und Rücktrittsrecht stehen sonach auf gleicher Linie. Damit entfällt aber die Möglichkeit anzunehmen, der Rücktritt stehe im § 325 BGB. zum Schadenersatz im Verhältnis einer Ersetzungsbefugnis.

Dasselbe Gleichordnungsverhältnis zwischen Schadenersatz und Rücktritt, wie es im § 325 BGB. gegeben ist, muß man auch für den § 326 BGB. annehmen. Hätte das Gesetz von der Regelung im § 325 BGB. abweichen wollen, so hätte es dies zum Ausdruck bringen müssen und hätte sicher nicht den gleichen Wortlaut wie im § 325 BGB. angewandt: der Gläubiger ist berechtigt, „Schadenersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten".

Kennzeichnend für eine Ersetzungsbefugnis ist, daß nicht mehrere gleichwertige Leistungen, sondern eine Hauptschuld und eine Ersatzleistung, oder unter zu Grundelegung des erweiterten Begriffs eine Haupt- und eine Ersatzbefugnis vorhanden sind. Das äußert sich z. B. darin, daß bei der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers der Schuldner nicht die Möglichkeit hat, unmittelbar, etwa durch Anbieten auf die Ersatzleistung einzuwirken, da sie ja nicht Gegenstand des Schuldverhältnisses ist. Im § 326 BGB. liegt aber dieses Verhältnis von Haupt- und Ersatzbefugnis, was für die Ersetzungsbefugnis kennzeichnend ist, nicht vor. Denn hier hat der Schuldner gemäß §§ 327, 355 BGB. die Möglichkeit, auch auf den zweiten Rechtsbehelf unmittelbar einzuwirken. Er kann durch Fristsetzung eine direkte Entscheidung über die Geltendmachung des Rücktrittsrechtes erzwingen. Diese Möglichkeit läßt sich aber schwer mit der Annahme einer Ersetzungsbefugnis vereinbaren.

Der Zweck der beiden Befugnisse, die der § 326 BGB. dem Gläubiger nach Fortfall des Erfüllungsanspruches gibt, ist ihn wegen der schuldhaften Verletzung seiner Forderung schadlos zu halten. Besteht der Schaden für den Gläubiger nur darin, die Gegenleistung bewirken zu müssen, hat er also eine tatsächliche Einbuße noch nicht erlitten, so kann er sich von seiner

52) Enneccerus-Lehmann, II, § 48, III.

Leistungspflicht durch Erklärung des Rücktrittes befreien. Diese Befreiung fällt aber mit unter den weiteren Begriff der Schadloshaltung, der auch die Verhinderung des Schadens mit umfaßt 53).

Ob die eine oder die andere Befugnis im einzelnen Fall eher geeignet ist diesen Zweck, die Schadloshaltung des Gläubigers, zu erfüllen, läßt sich allgemein nicht sagen. Das hängt ganz von der jeweiligen Sachlage ab, von den vielen Umständen, die das Interesse des Gläubigers bestimmen, von den jeweiligen Vermögensverhältnissen der Parteien, vom Steigen und Fallen der Preise usw. Die Interessenlage erfordert es deshalb, daß das Gesetz dem Gläubiger eine möglichst große Entschließungsfreiheit gibt. Es muß dem Gläubiger überlassen bleiben, das ihm jeweils am geeignetsten erscheinende Mittel zu seiner Schadloshaltung zu bestimmen. Diese Bestimmung wird er in vielen Fällen erst nach längerem Ueberlegen treffen können. Bis zum Ablauf der Frist, die er dem Schuldner gemäß § 326 BGB. gesetzt hatte, hoffte er immer noch auf Erfüllung. Jetzt nach fruchtlosem Ablauf der Frist sieht er sich vor eine ganz neue Lage gestellt. Er braucht Zeit zur Ueberlegung, um den Veränderungen der Sachlage gerecht werden zu können.

Diese Ueberlegungsfrist wird dem Gläubiger sowohl gewährt, wenn man im § 326 BGB. eine Ersetzungsbefugnis als gegeben annimmt, als auch dann, wenn man erst eine Wahl für erforderlich hält. Denn die Ersetzungsbefugnis des Gläubigers bezweckt ebenso, wie die Einräumung eines Wahlrechts, dem Gläubiger eine „größere Freiheit“ 54) zu gewähren.

Bei einer Ersetzungsbefugnis unterstellt das Gesetz ein typisches Interesse des Berechtigten. Um dieses typische Interesse zu befriedigen, gibt es bei der Ersetzungsbefugnis des Gläubigers diesem einen bestimmten Anspruch, von dem das Gesetz annimmt, daß er regelmäßig zur Interessenbefriedigung des Gläubigers ausreicht. Diesen Anspruch läßt das Gesetz deshalb geschuldet sein. Sollte aber im einzelnen Fall die Interessenlage von der regelmäßigen abweichen, und die Befriedigung des Gläubigerinteresses auf eine andere Weise besser erreicht werden können, so stellt das Gesetz dem Gläubger für diesen Fall einen Ersatzanspruch oder einen Ersatzbehelf zur Verfügung. Der Gläubiger hat dann die Möglichkeit noch zu überlegen und zu entscheiden, ob nicht die Geltendmachung der Ersatzbefugnis seinem Bedürfnisse eher entspricht, etwa weil in den Vermögensverhältnissen des Schuldners oder in der Wirtschaftslage usw. Veränderungen eingetreten sind.

Anders ist es, wenn das Gesetz dem Gläubiger mehrere Rechtsbehelfe zur Wahl stellt. Hier geht das Gesetz nicht von einem bestimmten typischen Interesse des Gläubigers aus. Es erkennt vielmehr an, daß die Interessen-

53) Leonhard, Schuldrecht, I, S. 137.
54) Leonhard in Iherings Jb. 41, S. 7.

befriedigung in diesen Fällen auf verschiedenen Wegen erreicht werden kann, von denen keiner regelmäßig besser zum Ziele führt als die anderen.

Die beiden Rechtsbehelfe, die der § 326 BGB. dem Gläubiger nach erfolglosem Fristablauf gibt, haben, wie erwähnt, den Zweck, den Gläubiger wegen der schuldhaften Verletzung seiner Forderung schadlos zu halten. Es läßt sich (vgl. oben S. 27 f.) nun nicht allgemein sagen, der Schadensersatzanspruch sei besser geeignet diesem Zweck zu dienen, schon deshalb nicht, weil der Gläubiger in vielen Fällen eine wirkliche Einbuße gar nicht erlitten hat, und er sich nur von seiner Gegenleistungspflicht befreien will. Man kann deshalb nicht sagen, das typische Interesse des Gläubigers sei auf die Erlangung des Schadensersatzes gerichtet. In einigen Fällen führt ihn die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches, in anderen die Ausübung des Rücktrittsrechtes eher zu seinem Ziel.

Dem Zweck des § 326 BGB. entspricht es danach mehr, dem Gläubiger ein Wahlrecht zwischen den beiden Rechtsbehelfen einzuräumen, da keiner der beiden Rechtsbehelfe eine Vorrangstellung gegenüber dem anderen einnimmt.

Daß im § 326 BGB. eine Ersetzungsbefugnis im engeren Sinne nicht vorliegt, wurde oben (S. 22) festgestellt. Aber auch, wenn man, wie z. B. Oertmann und Titze einen weiteren Begriff der Ersetzungsbefugnis zu Grunde legt, der auch die Ersetzung eines Anspruches durch eine Befugnis oder einer Befugnis durch eine andere Befugnis mitumfaßt, sprechen überwiegende Gründe gegen die Annahme einer solchen Ersetzungsbefugnis „besonderer Art".

Der Wortlaut und die Geschichte des § 326 BGB., die rechtssystematischen Gründe und schließlich die Zweckbestimmung des Paragraphen weisen darauf hin, daß der Schadensersatzanspruch nach fruchtlosem Ablauf der Frist zunächst noch „verhalten" ist und neben dem Rücktritt auf gleicher Stufe steht. Die Unbestimmtheit, die nach dem Fristablauf zunächst noch vorhanden ist, muß also erst noch durch eine Wahl in eine Bestimmtheit umgewandelt werden.

Mit der Feststellung, daß das Gesetz eine Wahl zwischen den beiden Rechtsbehelfen des § 326 BGB. verlangt, ist noch nichts über ihre Wirkung gesagt. Es entsteht die Frage, ob die Geltendmachung des einen Rechtsbehelfes die Geltendmachung des anderen endgültig ausschließt, oder ob der Gläubiger berechtigt ist, wenn es sein Interesse verlangt, von dem einen zum anderen Rechtsbehelf überzuwechseln.

§ 8

Trotz Notwendigkeit einer Wahlerklärung keine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Wahlschuldverhältnisse.

Da das Gesetz eine Wahl zwischen dem Schadensersatzanspruch und dem Rücktrittsrecht wie dargelegt fordert, und die direkte Anwendung der Vorschriften über die Wahlschuld nicht stattfinden kann (vgl. oben S. 17), wird von einigen Schriftstellern ihre entsprechende Anwendung empfohlen, so von Kipp 55) und früher auch von Oertmann 56) und Planck 57).

Nicht in Betracht kommt die entsprechende Anwendung des § 256 BGB., da der Schadensersatzanspruch des § 326 BGB. nicht unmöglich werden kann.

Die entsprechende Anwendung des § 264 BGB. würde dem Schuldner ermöglichen, unter bestimmten Voraussetzungen das Wahlrecht zu erwerben. Der Schuldner könnte den wahlberechtigten Gläubiger gemäß § 295 BGB. in Annahmeverzug setzen, nach fruchtlosem Ablauf einer angemessenen Frist ginge dann das Wahlrecht auf ihn über (§ 264, II BGB.). Diese Vorschrift kann aber unmöglich auf das Verhältnis von Schadensersatz und Rücktritt im § 326 BGB. angewandt werden. Der schuldlose Gläubiger wäre danach der Willkür seines Schuldners ausgesetzt. Der Zweck der Vorschrift des § 326 BGB., Schadloshaltung des Gläubigers, würde in das Gegenteil verkehrt. Der Schuldner würde für sein schuldhaftes Verhalten dem schuldlosen Gläubiger gegenüber belohnt, indem jetzt nicht der Gläubiger, sondern er sich den bequemsten Weg auswählen könnte, von dem Geschäft loszukommen, dessen Gelingen er schuldhaft vereitelt hat.

Die wichtigste Folge der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Wahlschuld wäre die ausschließende Wirkung der einmal getroffenen Wahl. Diese ausschließende Wirkung würde aber den Zweck des § 326 BGB. in vielen Fällen zunichte machen und zu unbilligen Härten für den Gläubiger führen. Es darf dem Gläubiger nicht die Möglichkeit genommen werden, den vielfachen Veränderungen der Sachlage, die noch nach seinem Schadensersatzbegehren eintreten können, gerecht zu werden (vgl. oben S. 27). Klagt z. B. der Gläubiger auf Schadensersatz, und sieht er im Laufe des Prozesses, daß der Richter seinen Schaden geringer beziffern wird, als er es getan hat, so muß er, wenn ihm nicht die Möglichkeit eingeräumt wird noch zurückzutreten, die Gegenleistung auch gegen den

55) Kisch, Unmöglichkeit, S. 158 ff.
56) Oertmann, Komm. BGB., Aufl. 1899, zu § 325, Anm. 4.
57) Planck, Komm. BGB., I, Aufl. zu § 325, Anm. 2.

ihm nicht genügenden Schadensersatz bewirken.

Es ist eingewandt worden, die ausschließende Wirkung der Anwendung des § 263 BGB. sei für den Gläubiger nicht unbillig, da er ja die Möglichkeit habe, das Rücktrittsrecht zurückzugewinnen. Er könnte, wenn der Schuldner auch mit der Leistung des Schadensersatzes in Verzug gerät, dem Schuldner unter wiederholter Anwendung des § 326 BGB. eine Frist setzen und nach ergebnislosem Ablauf der Frist nunmehr vom Vertrage zurückzutreten 58). Mit dieser Möglichkeit ist dem Gläubiger aber nicht Schuldner unter wiederholter Anwendung des § 326 BGB. eine Frist nach der er den Rücktritt erklären könnte, der wirtschaftliche Wert seines geleisteten Gegenstandes entzogen, vorteilhafte Geschäfte können ihm dadurch entgehen. Wenn der Gläubiger noch nicht geleistet hat, dann muß er nach der herrschenden Austauschtheorie seine Leistung noch bereit halten, was für ihn sehr unbequem und unvorteilhaft ist, und zwar gegen die höchst unsichere Aussicht, noch den Schadensersatz zu bekommen.

Planck 59) begründet die entsprechende Anwendung der Vorschrift des § 263 BGB. einseitig aus dem Interesse des Schuldners. Schutzbedürftig ist aber im Falle des § 326 BGB. in erster Linie der Gläubiger vor dem vertragsbrüchigen Schuldner. Ueber die Interessen des Schuldners darf sicher nicht hinweggegangen werden. Das Interesse des Schuldners ist schon dadurch genügend gewahrt, daß er die Möglichkeit hat, dem Gläubiger zur Ausübung seines Rücktrittsrechtes eine Frist zu setzen, nach deren fruchtlosem Ablauf der Gläubiger auf die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches beschränkt ist.

III.

§ 9

Das Verhältnis von Schadensersatz wegen Nichterfüllung und Rücktritt im § 326 BGB. stellt sich als eine besondere Konkurrenzform dar.

Auf das Verhältnis von Schadensersatz und Rücktritt im § 326 BGB. konnten die Vorschriften der Wahlschuld nicht direkt angewandt werden, da es sich im § 326 BGB. nicht um mehrere Leistungen handelt, sondern dem Gläubiger nur ein Anspruch und ein Gestaltungsrecht zur Verfügung gestellt sind. Aus dem gleichen Grunde mußte auch die Annahme einer Ersetzungsbefugnis im engeren Sinne ausscheiden. Eine Ersetzungsbefugnis „besondere Art“, worunter auch die Ersetzung einer Leistung durch ein

58) Marsson, DJZ. 1916, S. 275.
59) Planck, Komm. BGB., 1. Aufl, zu § 325, Nr. 2.

Gestaltungsrecht gefaßt wird, liegt auch nicht vor. Denn wie nachgewiesen wurde, ist der Schadensersatz nach fruchtlosem Fristablauf noch nicht sofort so geschuldet, daß er von dem Schuldner rechtswirksam angeboten werden kann. Der Schadensersatzanspruch ist vielmehr zunächst noch „verhalten“, eine Wahl also noch erforderlich, die bei einer Ersetzungsbefugnis nicht erst vorgenommen zu werden braucht. Denn bei der Ersetzungsbefugnis hat der Berechtigte lediglich die Möglichkeit, er „kann“ die Ersetzungsbefugnis ausüben.

Wenn auch eine Wahlerklärung, ähnlich wie bei der Wahlschuld notwendig ist, um die vorhandene Unbestimmtheit zu lösen, so konnte doch die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Wahlschuld aus entscheidenden Billigkeitserwägungen nicht stattfinden.

Das Gesetz enthält außer den hier behandelten noch eine ganze Reihe anderer Konkurrenzfälle, die unter sich alle verschieden sind, und für die sich einheitliche Regeln nicht aufstellen lassen. Man hat diese Fälle, in denen dem Berechtigten mehrere Befugnisse zur Verfügung stehen (z. B. §§ 325, 326, 462 BGB.), unter der nichtssagenden Bezeichnung „elektive Konkurrenz“ 60) zusammengefaßt. Dies würde aber nur einen Sinn haben, wenn sich gemeinsame Regeln für diese Fälle aufstellen ließen. Das ist aber wegen der Mannigfaltigkeit der Tatbestände nicht möglich. Nur die Einzelwürdigung nach der Natur der in Betracht kommenden Rechte und nach der Interessenslage, der das Gesetz genügen will, kann hier zu richtigen Entscheidungen führen.

Danach ergab sich für den Fall des § 326 BGB. zunächst, daß eine Wahl zwischen den beiden Rechtsbehelfen erforderlich ist. Aus der Natur des Rücktritts folgt, daß er die Geltendmachung des Schadensersatzes ausschließt. Der Rücktritt ist gemäß §§ 327, 349 BGB. mit der Erklärung gegenüber dem anderen Teil vollzogen. Wenn auch der § 327 BGB. nur eine „entsprechende“ Anwendung der Vorschriften über den Rücktritt anordnet und damit zum Ausdruck bringt, daß nicht alle Vorschriften ohne weiteres Anwendung zu finden brauchen, so kann doch kein Zweifel darüber bestehen, daß diese grundlegende Vorschrift angewandt werden muß. Der einmal erklärte Rücktritt löst das ganze Rechtsverhältnis auf, er schließt deshalb die Geltendmachung des auf dem Vertrag beruhenden Schadensersatzanspruches aus 61).

---

60) Staudinger, Komm. BGB., III, 1. Vorbem. zu §§ 262-265.

61) Planck, Komm. BGB. zu § 326, Anm. 1. Staub, Komm. HGB. zu § 374, Anm. 109, Staudinger, Komm. BGB. zu § 326, B, 3. a. aa. Schollmeyer zu § 325, Anm. 5. Oertmann, zu § 325, Anm. 2, a. RGRKomm. zu § 326, 1, c. Kisch, Unmöglichkeit, S. 158. Crome, System III, S. 183. Kipp, in Berliner Festschrift für Koch, S. 125 ff. Titze, Unmöglichkeit, S. 194. Leonhard, Schuldrecht, I, S. 490. RG. 50, 266. 61, 130. 66, 432, in JW. 1904, 536, Nr. 3. 1910, 229, Nr. 4. 1911, 751, Nr. 5.

Daß umgekehrt durch die Geltendmachung des Schadensersatzanspruches die Ausübung des Rücktrittsrechts nicht ausgeschlossen werden soll, wird von der h. L. angenommen, und meist damit begründet, die Erklärung Schadensersatz zu verlangen sei nur eine „gehorsamsfordernde Erklärung" nur Geltendmachung eines bestehenden Anspruchs, also keine rechtsgeschäftliche Willenserklärung und somit frei widerruflich. Es ist richtig, daß die Geltendmachung enes Anspruchs kein Rechtsgeschäft enthält. Aber, wie schon dargelegt wurde 62), ist die Auffassung, das Schadensersatzbegehren enthalte kein Rechtsgeschäft nur dann gerechtfertigt, wenn man davon ausgeht, daß der Schadensersatz nach Fristablauf ohne das Erfordernis einer Wahl sofort so geschuldet wird, daß er von dem Schuldner rechtswirksam angeboten werden kann. Entscheidende Gründe für die Richtigkeit dieser Auffassung konnten von den Vertretern der erwähnten Ansicht aber nicht beigebracht werden. Wie hier nachgewiesen wurde, ist der Schadensersatzanspruch nach fruchtlosem Fristablauf vielmehr zunächst noch verhalten. Die deshalb notwendige Wahl hat erst zur Folge, daß von nun ab der Schadensersatz vom Schuldner rechtswirksam angeboten werden kann. Die Wahlerklärung ist somit eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung. Der Gläubiger hat nicht die Möglichkeit die Folgen der Wahlerklärung, daß von nun ab der Schadensersatz so geschuldet wird, daß er rechtswirksam angeboten werden kann, zu widerrufen. Das folgt aus der grundsätzlichen Unwiderruflichkeit rechtsgeschäftlicher Willenserklärungen (§§ 130 - 132 BGB.). Der Gläubiger kann also nicht, ohne in Verzug zu geraten, die Annahme der angebotenen Ersatzleistung mit der Begründung verweigern, er widerrufe seine Wahl. Wäre ihm dieses gestattet, so würde er durch den Widerruf den alten Schwebezustand wieder herbeiführen und das Wahlrecht zwischen beiden Befugnissen zurückgewinnen. Auf diese Weise würde es dem Gläubiger möglich sein, auf Kosten des Schuldners zu spekulieren. Dies wird aber vermieden, wenn man an der Unwiderruflichkeit der einmal getroffenen Wahl festhält, dem Interesse des Gläubigers aber dadurch entgegenkommt, daß man ihm die Möglichkeit gibt, auch nach erklärter Wahl des Schadensersatzes noch das Rücktrittsrecht auszuüben. Denn durch die Ausübung des Rücktrittsrechtes nach der Wahl des Schadensersatzes erwirbt der Gläubiger nicht wieder ein neues Wahlrecht, wie er es tun würde, wenn man einen Widerruf seines Schadensersatzverlangens zulassen wollte.

Logisch müßte die Geltendmachung einer von mehreren zur Wahl gestellten Befugnisse die Geltendmachung der übrigen ausschließen, wenn die einmal getroffene Wahl nicht widerrufen werden kann. Hier sprechen aber, wie schon mehrfach gezeigt wurde, dringende Gründe der Billigkeit dafür, dem Gläubiger die Möglichkeit zu gewähren, auch nach Geltendmachung des Schadensersatzanspruches noch den Rücktritt zu erklären, wodurch dann

62) oben S. 25.

eine endgültige Klärung der Verhältnisse herbeigeführt wird, was nicht der Fall sein würde, wenn man einen Widerruf zulassen wollte. Die erwähnten Billigkeitsgründe sind stärker als die Gründe der Logik, denn das Recht soll nicht der Logik dienen, sondern der gerechten Ordnung der Lebensverhältnisse.

Das hier gewonnene Ergebnis, daß dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben werden muß, noch nach der „Geltendmachung" des Schadensersatzanspruches vom Vertrage zurückzutreten, stimmt mit dem der herrschenden Lehre überein 63), wenn auch die Wege, die die herrschende Lehre zu diesem Ergebnis führten, als unrichtig abgelehnt werden mußten.

Die beiden Rechtsbehelfe des § 326 BGB. stehen sich nicht in dem ausschließenden Verhältnis gegenüber, wie es bei der Wahlschuld bezüglich der verschiedenen Leistungen der Fall ist. Der Sinn der Wahlerklärung bei der Wahlschuld liegt darin, die eine Leistung und nicht die andere zu wollen. Wer aber Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, hat im allgemeinen nicht den Willen, damit auf das Rücktrittsrecht zu verzichten, ohne Rücksicht auf den Erfolg seines Schadensersatzbegehrens. Aus dem Zweck der beiden Rechtsbehelfe, Schadloshaltung des Gläubigers, folgt, daß dem Gläubiger das Recht zustehen muß, von dem Schadensersatzbegehren abzugehen, wenn ihm dieses nicht zur Befriedegung seines Interesses führt, um auf eine andere Art durch Erklärung des Rücktritts seine Schadloshaltung zu versuchen. Dem Gläubiger ist also grundsätzlich das Recht zuzubilligen, von dem Schadensersatzbegehren zu dem Rücktritt überzugehen. Wenn auch im § 326 BGB. das Gläubigerinteresse im Vordergrund steht, so muß doch das dem Gläubiger zugestandene Variationsrecht an den schutzwürdigen Interessen des Schuldners seine Schranken finden.

Es ist willkürlich dem Variationsrecht, wie Crome 65) und Schollmeyer 66) es vorschlagen, durch rechtskräftiges Urteil ein Ziel zu setzen. Durch das Urteil wird lediglich die Rechtslage, wie sie auch vorher bestand, festgestellt. Kipp 67) schlägt eine Regelung im Anschluß an den § 281 BGB. vor. Wie nach diesem Paragraphen nicht schon das verlangte, sondern erst das erlangte Ersatzstück den Schadensersatzanspruch mindere, so dürfe auch hier nicht schon der verlangte, sondern erst der erlangte Schadensersatz die Ausübung des Rücktrittsrechtes ausschließen. Bei dieser weiten Aus-

63) Crome, System, II, S. 183 ff., Aufl. 1902. Kipp, a. a. O., S. 125, Schollmeyer, zu § 325, Anm. 5. Soergel zu § 326, C, 1, S. 507, Titze, Unmöglichkeit, S. 192 ff. Staudinger, zu § 326, B, 3a, aa. Planck, zu § 326. Anm. I, a. Oertmann, zu § 325, Anm. 2, b. Staub, Komm. HGB., zu § 374, Anm. 110. RG. 53, 167. 85, 282. 107, 348. 109, 184.

65) Crome, System, III, S. 184, § 170, I, 3.

66) Schollmeyer, zu § 325, Anm. 5.

67) Kipp in Festschrift für Koch, S. 127.

dehnung des Variationsrechtes wird aber das schutzwürdige Interesse des Schuldners nicht berücksichtigt. Ein schutzwürdiges Interesse des Schuldners entsteht aber in dem Augenblick, in dem er den vom Gläubiger gewählten Schadensersatz anbietet. Mit dem Anbieten der Ersatzleistung muß somit das Variationsrecht des Gläubigers erlöschen; das ist auch für den Gläubiger nicht unbillig.

Beide Rechtsbehelfe werden dem Gläubiger auch bei Teilverzug des Schuldners unter den gleichen Voraussetzungen wie bei vollem Verzug gewährt und außerdem, wenn der Schuldner bis zur Fristsetzung nur teilweise erfüllt hat. Das oben festgestellte Verhältnis der beiden Rechtsbehelfe zueinander, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder vom Vertrage zurückzutreten, bleibt immer das gleiche.

Lebenslauf.

Am 1. Juni 1908 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Willem Mennen und seiner Frau Elisabeth, gebr. Groenewold in Emden, Ostfriesland, geboren. Nach 4jährigem Besuch der Volksschule in Emden kam ich in das Wilhelmsgymnasium in Emden; dort bestand ich Ostern 1929 die Reifeprüfung. Darauf studierte ich Rechts- und Staatswissenschaft an der Universität in Freiburg 2 Semester, an der Universität in Wien 1 Semester und 4 Semester an der Universität in Marburg. Am 28. Oktober 1933 bestand ich vor dem Oberlandesgericht in Kassel die erste juristische Staatsprüfung und am 21. Februar 1934 die mündliche Doktor-Prüfung an der Universität in Marburg.